

## PPP 模式下政府的角色定位 ——兼论担保行政法学模式的兴起

杨彬权\*

---

**内容提要：**PPP 是政府和社会资本共担风险、合力达成公共任务的创新模式。在 PPP 模式下政府不再承担公共任务的履行责任，转而承担国家担保责任。政府承担国家担保责任，使得政府的角色从公法上的公共任务的“履行者”转变为“担保者”和“合作者”。政府角色和职能的重大转变导致传统行政法学模式转向担保行政法学模式。担保行政法学模式是以国家担保责任作为 PPP 行政合作法制构建的理论基础，以法律关系作为行政法学体系建构的另一砥柱，通过行政程序的担保化和合作化规制公私合作行为，以合作契约作为 PPP 模式的基本担保管制手段，通过担保纠纷解决机制有效化解纠纷和保护公共利益。

**关键词：**PPP 模式 担保行政法学 国家担保责任

---

20 世纪 70 年代以降，福利国家遇到了前所未有的挑战，<sup>〔1〕</sup>“但资本主义又不能没有福利国家”<sup>〔2〕</sup>。同理，社会主义更不能没有福利国家。“福利国家已成为几乎无法撼动的图腾，不论何种国家形态皆不会轻易掠其锋，其不但不会消失，反而会继续推动，只是福利国家当初形成的社会环境与现今已有显著不同，福利项目与给付内容亦有所变化，国家财政问题日益恶化迫使必须

---

\* 杨彬权，西北政法大学行政法学院讲师。

本文为司法部 2018 年度国家法治与法学理论研究课题“政府与社会资本合作（PPP）纠纷解决机制研究”（18SFB2013）的阶段性成果；河南省 2017 年度哲学社会科学规划项目“政府与社会资本合作的行政法规制问题研究”（2017BFX014）的阶段性成果；西北政法大学行政法学院中青年教师学术能力提升基金项目“论 PPP 背景下政府的角色定位与行政法学模式的转变”的阶段性成果。

〔1〕 福利国家面临人口挑战、经济挑战、社会挑战、国际挑战和文化挑战。详见〔德〕弗兰茨-克萨韦尔·考夫曼：《社会福利国家面临的挑战》，王学东译，商务印书馆 2004 年版，第 56 - 121 页。

〔2〕 〔德〕克劳斯·奥菲：《福利国家的矛盾》，郭忠华等译，吉林人民出版社 2006 年版，第 7 页。

对给付国家作全面性的检讨，以便能够在革新后，以新的面貌出现，因应现代社会的需求。”〔3〕由于PPP模式〔4〕将私人部门引入公共服务的提供中，既缓解了公共财政压力，发挥了私人部门的创造性，又引入了债权人监督机制，提高了公共服务质量，〔5〕因此被福利国家作为改革的首选举措推上了历史舞台。在PPP模式中，私人部门承担了公共任务的履行责任，政府不再承担履行责任，那么政府的角色和职能如何定位？这种角色定位对传统行政法学模式提出了哪些挑战？传统的行政法学模式应该如何予以回应？这些都是PPP模式亟需解决的关键问题，事关PPP模式的可持续健康发展和国家治理能力之现代化。

## 一、PPP模式下政府角色定位的争论与重塑

政府角色是将政府人格化来定位其功能作用。〔6〕整个国家不同的政治、经济、社会运行方式决定了政府扮演不同的角色，又决定了政府所拥有的职能。〔7〕PPP模式下，政府的角色也在发生相应地转变。

### （一）PPP模式下政府角色定位的争论

2014年以来，随着PPP模式在我国的大力推进和迅猛发展，学界对PPP模式中政府角色及职能进行了初步研究，主要形成了以下观点：

第一，“双重职能说”。“双重职能说”认为，政府在PPP过程中既是监管者又是参与者或合作者。例如叶晓甦、徐春梅认为，政府在PPP项目上必须定位于促进、主导和管理的功能，但同时又应是参与合作的一方。〔8〕邢会强教授认为，在交易成本公共物品理论之下，政府不再是公共物品的垄断提供者，尤其是在PPP模式之下，政府应该转变角色，转变为合作者和监管者。〔9〕

第二，“三重职能说”。例如湛中乐、刘书燃认为，在PPP模式中政府具有三重角色与职责，分别为规则的制定者与执行者、公共服务的采购者和提供者、公共服务的监管者。〔10〕而王俊豪、付金存则认为，政府及其公共部门在PPP模式中至少承担三种职能：其一，作为公众利益的代表，须保证公共产品的质量和数量符合标准，一旦公共产品数量和质量不能满足公众需要，或在公共服务活动中出现重大事故，政府就必须承担相应的政治责任；其二，作为PPP模式的主要参与主体之一的政府和公共部门还应承担规则制定与执行的职责，包括法规政策和PPP规则程序的制定、违规行为的纠正等；其三，作为公共服务的采购者，公共部门主要承担确定采购标

〔3〕 萧文生：《福利国家与财政行政法——国家辅助私人经费之财政监督》，载台湾地区行政法学会主编：《全球化、福利国家、特别权力关系、公私协力》，元照出版公司2012年版，第55页。

〔4〕 PPP具有广义和狭义之说，广义PPP是指公共和私营部门共同参与生产和提供物品与服务任何安排。但是由于广义PPP的内涵和外延不好掌控，难以有效规范和约束，因此从多数国家的PPP运作实践来看，一般都是从狭义意义上谈论和开展PPP模式。狭义PPP，是指公部门和私经济主体间本于自由意愿，透过正式之协议形塑合作关系，并且彼此分担风险与责任的行政任务执行模式。根据财政部《关于规范政府与社会资本合作合同管理工作的通知》（财金〔2014〕156号）文件规定，我国的PPP模式是指在基础设施和公共服务领域，政府与社会资本基于合同建立的一种合作关系。

〔5〕 参见刘尚希、王朝才：《以共治理念推进PPP立法》，中国财政经济出版社2016年版，第46页。

〔6〕 参见彭澎：《政府角色论》，中国社会科学出版社2002年版，第2页。

〔7〕 参见前引〔6〕，彭澎书，第208页。

〔8〕 参见叶晓甦、徐春梅：《我国公共项目公私合作（PPP）模式研究述评》，载《软科学》2013年第6期。

〔9〕 参见邢会强：《PPP模式中的政府定位》，载《法学》2015年第11期。

〔10〕 参见湛中乐、刘书燃：《PPP协议中的法律问题辨析》，载《法学》2007年第3期。

的、选择合格的私方合作者、签订与履行合约等职责。政府主管部门要履行好这些职责就必须由传统的“经营者”向“监管者”转变，由传统的“命令—控制”的管理理念向“经济—激励”的服务导向转变。<sup>〔11〕</sup>

第三，“多重职能说”。该种观点认为，PPP 模式中政府至少具有四种以上的角色，四种以上的职能。例如有学者认为，PPP 模式中，政府承担四种职能：规则的制定职能；项目的参与职能、公共产品或服务的购买职能；项目的监管职能以及争端的仲裁职能。<sup>〔12〕</sup>也有学者认为政府的职能更多，例如，王东认为政府在不同的阶段承担着不同的角色与职能：PPP 项目启动阶段的规划者、PPP 项目的发起者、PPP 项目产品的购买者、PPP 项目建设和运行进程的保障者、PPP 项目的监管者及各方利益的协调者。<sup>〔13〕</sup>

学者们普遍认为，PPP 模式中政府角色职能不具唯一性，但是对于具体的政府职能认定上存在差异，尚未达成一致。有的学者仅认识到政府公法上的角色和职能，没有认识到其私法上的角色和职能；有的是按 PPP 项目的全生命周期中的阶段不同，来认识政府的角色和职能定位的。从总体上来看，都没有从国家形态的转变和国家责任方式的转变来研究国家的角色定位。上述学者基本上都认为在 PPP 模式中，国家仍然要承担监管职能，可是并没有阐述清楚，PPP 模式中的国家管制或监管职能与给付行政时代国家作为公共任务的直接提供者时的管制职能和管制手段的区别，从而有可能导致陷入传统的管制窠臼，而这显然与国家采行 PPP 模式的宗旨不符。国家采取 PPP 模式不仅是为了融资，更重要的是为了实现公共部门的改革和政府治理模式的转变。另外，虽然大多数学者认识到了 PPP 模式中政府承担的管制责任，但是没有认识到政府应该承担的合作责任。尽管持“双重职能说”观点的部分学者也认识到了政府的合作职能，但却是站在公法的角度来谈论合作职能，而没有站在私法的平等民事主体角度。

## （二）重新定位 PPP 模式下的政府角色

PPP 模式中行政任务提供方式和履责模式的转变与革新，使得政府的角色转变为公法上的担保者和私法上的合作者，政府的职能也相应地转变为担保职能和合作职能。

### 1. 政府作为公法上的担保者

20 世纪后期，受新自由主义思潮的影响，伴随国家形态的转变，公共任务的责任与公共任务的国家履行逐渐脱钩，国家不再承担给付行政任务的履行责任，但仍须承担国家担保责任。所谓国家担保责任（Gewährleistungsverantwortung des Staates），是指在特定行政任务转由私人机构履行的情况下，国家承担的必须通过管制立法与措施，积极促进其符合一定公益与实现公共福祉的责任。<sup>〔14〕</sup>政府承担的国家担保责任是一种公法上的预期责任。<sup>〔15〕</sup>作为一种公法上的预期

〔11〕 参见王俊豪、付金存：《公私合作制的本质特征与中国城市公用事业的政策选择》，载《中国工业经济》2014 年第 7 期。

〔12〕 参见任超：《政府和社会资本合作（PPP）模式下政府职能重构》，载顾功耘主编：《公私合作（PPP）的法律调整与制度保障》，北京大学出版社 2016 年版，第 158 - 167 页。

〔13〕 参见王东：《PPP 主体关系中的政府：角色定位与行为机制框架》，载《中国政府采购》2015 年第 3 期。

〔14〕 Vgl. Wolfgang Weiss, Beteiligung Privater an der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben und staatliche Verantwortung, DVBl. 2002, S. 1175 ff.; J. Ziekow, Verankerung verwaltungsrechtlicher Kooperationsverhältnisse (Public Private Partnership) im Verwaltungsverfahrensgesetz, Wissenschaftliches Gutachten, erstattet für das Bundesministerium des Innern, 2001, S. 179 ff.

〔15〕 所谓预期责任，主要指在一个事件发生前，责任主体应当尽自己最大努力完成的事项，其常常与责任主体具有的特殊角色和地位相关。参见〔澳〕皮特·凯恩：《法律与道德中的责任》，罗李华译，张世泰校，商务印书馆 2008 年版，第 49、50 - 51 页；〔德〕底特·本巴赫尔：《责任的哲学基础》，易小明、聂文军译，载《齐鲁学刊》2005 年第 4 期。

责任，国家担保责任要求政府积极采取管制监督等措施去促成公益之实现，“不能等到不幸或者危机发生之后才去反应，而必须尽可能预见错误的发展方向，并通过及早的应对措施把它消灭在萌芽当中”<sup>〔16〕</sup>。如果私人部门出现运营困难，公共服务供给中断或有严重不利于公众的不良事态时，政府应该采取临时接管或最终接管的措施，以保障公众利益不受损。因此，国家担保责任本质上是一种管制、监督和接管的责任，其目的是担保私人主体及其他竞争者能够在一个公平的、开放的市场中进行有序竞争；担保一般公众能够获得普适的、便宜的给付产品和给付服务。<sup>〔17〕</sup>

PPP模式中政府转而承担确保公益实现的国家担保责任，使得政府的角色定位从“履行者”转变为“担保者”。“担保者”既表明了政府在公共服务提供方面严格贯彻了国家辅助性原则，<sup>〔18〕</sup>具有行政“辅助者”的角色和地位，又能够证成PPP模式的正当性和合法性，更能凸显行政管制方式的重大革新和转变。担保行政，简单来说就是行政机关落实国家担保责任的行政行为状态或过程模式。<sup>〔19〕</sup>作为担保国家之展现和作用领域的担保行政是管制、影响与监督的行政，并借由国家最低限度的影响来确保私人执行公共任务可以符合公益或法定之要求。<sup>〔20〕</sup>然而政府履行担保行政职能所采用的管制和监督手段已经不同于以往所采用的强制性的命令与服从式的管制手段，而是采取比较温和的契约、认证、验证、设置诱因等手段间接“驯服”私人部门，以达成PPP模式之目的。这种管制手段的变化刚好契合政府的“担保者”的角色定位。作为“担保者”，政府管制监督的重点应该是透过公平、公正的具有竞争性的甄选程序选出合格的私人部门，然后持续性地监控私人部门对合作契约之履行。在公私部门伙伴关系的整体调控结构中，如何利用市场竞争机制选定受托执行任务之私人部门，以及决定合作对象后，如何持续性地调控私人部门履行任务之行为，实为公部门担保行政任务得以实现之两大关键问题。<sup>〔21〕</sup>只要政府立于“担保者”角色，严格依法履行担保行政职能，采用新式的管制手段和措施进行重点监控，PPP模式中的公益必然得以确保，也不会出现所谓“利润私人化，损失国家化”的固有弊端。

## 2. 政府作为私法上的合作者

在PPP模式中，公共任务的完成必须依靠公私双方的相互协助、真诚合作、严格履约，唯有在双方平等、互信的基础上，尤其是政府要脱下“制服”，换上“便装”，将自己置于私法上的平等地位，成为一个真正的“合作者”，才能完成公共任务的高效提供。在PPP模式中，“热爱多样的公民们，他们会顾及使之联系在一起相互依存性，自愿接受合作，接受共同体规则，并为共同体的利益和生存而放弃他们的一部分自由”<sup>〔22〕</sup>。PPP强调各个参与方平等协商的关系和

〔16〕〔德〕迪特儿·格林：《现代宪法的诞生、运作和前景》，刘刚译，法律出版社2010年版，第105页。

〔17〕参见杨彬权：《论国家担保责任：担保内容、理论基础与类型化》，载《行政法学研究》2017年第1期。

〔18〕按照辅助性原则，本于国家权力行使的补充特性，对于公共物品的制造与服务的提供等涉及人民生存照顾之事项，首先应由人民自身透过工作权等自由权行使之方式自由实现，唯有待人民或社会无法自行满足时，国家始得介入，进而扮演给付者与执行者之角色。参见詹镇荣：《民营化法与管制革新》，元照出版公司2010年版，第287页。

〔19〕参见林明锵：《担保国家与担保行政法——2008年金融风暴与毒奶粉事件谈国家的角色》，载《政治思潮与国家法学》（吴庚教授七秩华诞祝寿论文集），元照出版公司2010年版，第584页。

〔20〕参见许登科：《德国担保国家理论为基础之公私协力（ÖPP）法制》，台湾大学法律学研究所2008年博士学位论文，第158页。

〔21〕Vgl. Helmuth Schulze-Fielitz, Grundmodi der Aufgabenwahrnehmung, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts J, 2. Aufl., 2012, S. 119.

〔22〕〔法〕皮埃尔·卡蓝默、安德烈·塔尔芒：《心系国家改革——公共管理建构模式论》，胡洪庆译，上海人民出版社2004年版，第116页。

机制，故伙伴关系是其首要特征。<sup>[23]</sup> 为了能够实现各自所需，公私双方必须进行具有伙伴关系的合作。其次，PPP 模式中公私双方是一个“责任共同体”，都负有私法上的合作责任。与人民发生私法上法律关系或从事私法上行为，而依私法或契约应负协作与配合责任。最后，各国政府大多陷于“预算赤字”“绩效赤字”“执行赤字”的困局中，为了满足民众多样化需求，提升行政效能和扩大内需，政府借用私人部门的资金、专业技术和先进的管理方式促进和提高行政效率和服务产品质量。

政府作为私法领域的“合作者”应当积极履行合作职能。具体来说，在 PPP 契约履行的全过程中，政府要为私营合作者及时办理和提供 PPP 项目建设所需的各种许可文件与文书，协助办理土地审批、政府补贴、投融资协助、筹资协助等事务，配合私营合作者做好物有所值评价、财政承受能力评价等技术工作，严格依据法律和契约的规定履行合同的相关条款，遇到订立合同无法预料之情势时，及时沟通协商解决，禁止单方擅自变更和调整合同条款。当然，如公共产品和服务的持续供给有中断、停止之先兆时，政府作为公益的“担保者”，在与私人合作者协商未果时，有权单方采取解除合同、临时接管等措施，但应该严格遵守正当行政程序。运营期满，私营合作者移交项目、设施和相关资料时，政府应当积极不迟延的予以配合和接收。PPP 模式出现纷争时，政府应当主动与私营合作者商定或约定纠纷解决管道机制。特别要注意的是，PPP 的本质是合作，<sup>[24]</sup> 是共享裁量权<sup>[25]</sup>。因此，应该与私营合作者在共享自由裁量权的基础上就相关的风险、责任与义务进行合理的分配，从而达到既促进公共利益，又能使私人合作者获得合理利润回报的目的。

综上所述，政府在 PPP 模式中的角色定位应当是公法上的“担保者”和私法上的“合作者”，并相应地履行担保行政职能和合作职能。政府“担保者”的角色定位不仅可以正当化政府行为，同时也可以约束政府行为。政府担保行政职能的发挥确保了公共利益不因 PPP 模式而受损害。政府“合作者”的角色定位不仅能够正当化政府的合作伙伴身份，也可以规范政府契约行为。政府的合作职能强调政府应当作为真正的“合作者”积极履行义务，善意配合私营合作者顺利达成公共任务。但是，PPP 模式中政府的两种角色定位虽说都是为了公共利益而设，但也有可能存在冲突。例如，政府作为合作者应该完全按照合同的约定全面履行义务，但是如果严格按照合同履行将要或已经损害公共利益时，政府履行合同的责任就和担保公益的责任发生冲突。平衡和消弭冲突的方法就是在 PPP 契约中细化公共利益，科学论证 PPP 合作契约条款和相关内容，严格履行契约条款，如果履行契约条款危害到公共利益，政府此时应该作为“担保者”履行担保职责。PPP 模式中政府的双重性角色定位决定了对 PPP 模式既有来自公法的规制，又有来自私法的规制，更有来自 PPP 契约群的规制。具体来说，在 PPP 模式之规制中，要以公私法“相互援助秩序理念”<sup>[26]</sup> 为指导，发挥公私法秩序之不同管制效能。“两秩序的相互援助过程，目的在

[23] 参见刘薇：《PPP 模式理论阐释及其现实例证》，载《改革》2015 年第 1 期。

[24] 参见孙洁：《政府和社会资本合作模式概论》，山西出版传媒集团、山西经济出版社 2016 年版，第 20 页。

[25] 参见〔美〕约翰·D. 多纳休、理查德·J. 泽克豪泽：《合作：激变时代的合作治理》，徐维译，中国政法大学出版社 2015 年版，第 259 页。

[26] “相互援助秩序理念”联系公私法秩序的不同管控效能，强调公共任务的一体性，在一部分法秩序框架下无法有效达成规制的必要性时，探询与另一法秩序有关之效力要素来使之获得满足。参见〔德〕施密特·阿斯曼：《秩序理念下的行政法体系建构》，林明锵等译，北京大学出版社 2012 年版，第 276 页。

于维持两法秩序之手段上的差异性，同时有意识地重构其复杂结构来总体地提升法体系之问题解决能力。”〔27〕政府角色的重新定位（本文主要指政府的“担保者”角色定位，政府的“合作者”角色将另文论述）对传统的行政法学模式构成了冲击和挑战，亟需传统行政法学模式予以积极回应。

## 二、PPP 模式下政府角色转变对传统行政法学模式的挑战

模式就是“用以解释现象和影响现象的模型”〔28〕。模式的本质就是某一固定的学术共同体认同、接受的基本理论和基本研究方法，这些理论和方法不仅划定了一定时期他们的研究内容和研究领域，也为后续的科学研究的奠定了基础。具体到行政法领域，所谓行政法学模式，就是行政法学者对一定时期内的行政实践及行政法的理念、理论体系、基本观点以及基本方法所形成的一种相对稳定的观察和解释行政法发展和变革的固定模式，其目的是为了能够更好地指导行政立法实践和推动行政法学的发展。传统行政法学模式是建立在国家与社会二元分立基础之上，以行政行为形式理论作为行政法学体系建构的砥柱，主要采用高权管制手段进行社会管制，通过行政程序控制行政权的运作过程，并使法院处于纠纷解决的中心地位的理论模型。PPP 模式的兴起对传统行政法学模式提出了巨大的挑战，这些挑战主要体现在以下方面。

### （一）对国家理念和行政法学理论基础的挑战

传统的行政法学模式无论是维持秩序，抑或提供给付服务，基本上都是建立在国家与社会二元对立基础之上。国家独占公共事务，私人原则上不得染指。私人在法律规定的范围内从事自己的事务，行政机关不得非法干涉，是这一时期的国家图像的典型写照。在此基础之上秉持的国家理念就是“行政作为预防主体”的秩序国理念，抑或是“行政作为给付主体”的社会国理念，也即行政作为秩序和给付的履行主体，亲身提供秩序维护和公共服务，并承担由此而产生的全部法律责任。此时行政法学的理论基础只能是建立在两元对立基础之上的“管理论”“控权论”“服务论”等。然而，在公私部门透过 PPP 模式共同实现公共任务的情况下，私人部门成为公共任务的履行主体，国家行政机关仅承担担保责任，履行担保行政职责，从而使得国家从给付行政的履行主体，转变为公共任务提供的“担保者”和“合作者”。政府这一角色和功能的重大转变使得建立在国家与社会对立基础之上的“秩序国”理念、“社会国”理念和相应的行政法学理论基础无法有效因应。

### （二）对行政行为形式论的挑战

行政行为形式理论，系指有关“行政行为法律形式之学说”（Die Lehre von den Rechtsformendes Verwaltungshandelns），此一理论构成传统行政法教义之核心概念。行政行为形式理论之任务，主要是借由厘清各行政活动基本单元之概念内涵与外延（范围）、容许性与适法性要件，以及法律效果等问题，确保依法行政要求，并同时保障人民权利。〔29〕行政行为形式理论自提出以来，最大的功能和作用在于将行政机关的行为予以类型化和模式化，从而实现了法律的有效规

〔27〕 前引〔26〕施密特·阿斯曼书，第276页。

〔28〕 〔法〕莫里斯·迪韦尔热：《政治社会学——政治学要素》，杨祖功、王大东译，华夏出版社1987年版，第200页。

〔29〕 参见赖恒盈：《行政法律关系论之研究——行政法学方法论评析》，元照出版公司2002年版，第53页。

制，构成了传统行政法学体系建构的砥柱。

行政行为形式理论只集中观察具有基准行为性质的行政机关意志形成的行政行为，而对于其他法律关系主体特别是人民的行为，则常常忽略；只集中在“瞬间捕捉”（Momentaufnahmen）发生关系的那一个点，而无法掌握行政与人民间之法律关系的时间与程序面向；<sup>[30]</sup> 建立于国家与相对人此一双面法律关系之前提上，先天即有忽略或不重视第三人利益之倾向，对于日趋复杂之行政法律关系或法现象，此一理论亦未提供足够之认识与解释工具。

然而，随着 PPP 模式的兴起和政府角色的变化，私人部门参与了公共服务的提供，成为了公共服务的提供者，其他第三人也以不同的面貌参与了法律关系成为复数利益主体。公私部门之间的合作关系往往不再只是短期的，甚至是单次性的，合作的事项通常也不是单一的，而是彼此之间具有计划执行上紧密关联性的阶段性措施，从而使得行政机关在履行国家行政职责的过程中与相关主体之间发生的法律关系，成为了一种持续性的、长周期性的多边合作法律关系。这种多边合作关系不仅涉及行政主体与行政相对人之间的利害关系，行政主体与第三人之间的利害关系，也涉及行政相对人与第三人之间的利害关系，更涉及公共利益与私人利益之间的平衡协调问题，然而行政行为形式论只能捕捉和解决有限的利害关系，难以掌握和关怀 PPP 模式中的所有关系。此外，PPP 模式的管制手段不再受限于传统的形式化的行政行为，更多地适用和灵活选择未形式化的行政行为，实现行政任务最佳履行的目的追求。<sup>[31]</sup> 由此导致以行政行为形式论为支柱建构的传统行政法学模式无法适应合作行政的结构性变革，无法全面、动态地观察 PPP 模式中的法律关系，无法有效规范公私合作行为，无法有效保护公共利益和正当的私益。

### （三）对行政程序理论的挑战

20 世纪以降，由于社会、经济的迅速发展和市场在“自由”运作过程中不断发生“失灵”，政府不得不广泛介入人们的社会、经济生活，从而使得权力作用的领域越来越宽，管理的事务越来越复杂。“分权”制度和“以权力制约权力”的控权机制在 20 世纪中叶以后也开始部分“失灵”，作为事后监督的司法审查构建的控权、救济机制，也随着行政事务的增多和案件复杂程度的增加，导致公民维权需要付出高成本的代价。这些缺陷和不足导致了新的控权机制的出现，这种新的控权机制就是行政程序。相较于实体控权机制，“行政程序可以避免传统实体控权机制的僵硬、死板，用行政程序规范行政权的行使既可不过于束缚政府行为的手脚，又可防止政府实施行政行为的恣意、滥权”<sup>[32]</sup>。但是传统的行政程序主要是建立在国家与社会对立基础之上，是通过控制行政权达到保护公民权益之目的。此时的行政程序就是行政机关行使行政职能所应该遵循的程序，此时的行政程序法适用的主体范围就是行政机关，例如美国联邦《行政程序法》（APA）第 551 条的规定。然而，随着行政任务民营化和 PPP 模式的兴起与发展，私人部门和行政机关以合作方式履行公共任务将成为一种新常态。这种合作履行公共任务的模式，对建立在两元对立基础上的以行政机关为主要规范对象的行政程序理论提出了巨大的挑战。

[30] Vgl. D. Ehlers, Rechtsverhältnisse in der Leistungsverwaltung, DVBl. 1986, S. 912 (914).

[31] 参见章志远：《迈向公私合作型行政法》，载《法学研究》2019 年第 2 期。

[32] 姜明安：《行政程序研究》，北京大学出版社 2006 年版，第 5 页。

#### （四）对传统行政管制方式的挑战

我国传统行政法的建构立基于“高权行政”的行政国家或全能政府思维，公共任务不仅由国家所独占，并且具有上下支配的优越性和隶属性，行政行为形式充满单方性与强制性。国家实现公益主要依靠高权色彩较浓的行政行为形式来完成，确切来说，主要依靠命令服从式的单方行政行为完成。方便性、高效性和易于合法性控制，使得单方行政行为作为一种有效的管制手段成为传统行政法学模式研究的核心内容。然而，PPP模式下，政府的角色发生了重大转变，公益实现的方式由强制命令手段转变为柔性合作方式，行政行为遂趋向契约、协商、诱因或事实行为等多样化发展，特别是契约手段取代了命令与服从的单方管制手段，一跃成为主要的管制手段。契约、协商、诱因以及非正式行政行为等作为PPP模式的管制手段，对以规制单方高权行政行为为内容的传统行政法学模式提出了巨大的挑战，仅靠无限拉伸行政行为内涵和范围已经无法因应PPP模式治理的需要。契约作为PPP模式最主要的管制手段，也对传统行政法学模式下的行政契约范式提出了挑战。传统行政契约范式受到上下（官民）秩序两分关系的限制，是一种具有浓厚的纵向色彩的行为态样，既无法应付多元的利益关系，也缺乏公私合作的理念。与此相适应，传统行政契约法制规范的对象“以取代行政处分的隶属性契约为主，强调对于弱势人民权益的保障，对于对等性的合作契约，欠缺规范的框架，实不足以因应在公私协力趋势下行政与私人合作的多元关系发展所带来的挑战。”〔33〕

#### （五）对法院纠纷解决中心地位的挑战

传统的行政法学模式中的法律关系相对较为简单，采取司法中心主义的行政诉讼模式对行政行为进行合法性审查，甚至有限的合理性审查，即可达到监督行政和保护行政相对人合法权益的目的。然而，PPP模式的兴起让行政法律关系由双方法律关系演变成多方法律关系，行政法律关系的利益主体增多，复数利益交织且错综复杂，司法审查的解决管道和救济方式就显得有点捉襟见肘、力不从心。另外，PPP项目又都牵涉到公共利益的不中断持续供给，而传统的事后司法审查救济手段旷日持久，效果不彰，难以及时保障公共利益。最重要的是，PPP模式中公私主体之间的角色和责任的重新架构，使得纠纷解决的司法任务民营化于社会组织，从而将法院从行政法的中心转移到纠纷解决的边缘，〔34〕使得其用武之地严重收缩。因此，PPP模式的兴起和政府角色的转变对法院纠纷解决中心地位构成了严峻的挑战。

综上所述，PPP模式的兴起和政府角色与职能的转变，对传统行政法学模式提出了一系列挑战。面对这些新挑战，传统行政法学模式自身难以应对和化解，逐渐陷入困境。走出困境的办法之一也许就是转变传统的行政法学模式，确立新的行政法学模式。

### 三、PPP模式下行政法学模式的转变

行政法学模式是一个动态系统，是不断由低级向高级发展的，每一新的行政法学模式的出现都是对以往旧的行政法学模式的否定，但不一定是全盘否定。如果旧的行政法学模式在本质上是

〔33〕 江嘉琪：《德国（含欧盟）行政契约理论发展之局势》，载台湾地区行政法学会主编：《行政契约之基础理论、法理变革及实务趋势/行政程序法之最新发展》，元照出版公司2013年版，第5页。

〔34〕 参见〔美〕朱迪·弗里曼：《合作治理与新行政法》，毕洪海、陈标冲译，商务印书馆2010年版，第130页。

过时的，我们应该全盘更替它，如果只是个别的外在形式过时，可以进行适当修改与调整，在此基础上形成新的行政法学模式。<sup>〔35〕</sup> PPP 模式的兴起，对传统行政法学模式提出了巨大的挑战，传统行政法学模式对此难以积极应对，因此，必须转变行政法学模式。行政法学模式转变的最终目标就是担保行政法学模式，其主要体现在行政法学的国家理念和理论基础、体系建构的砥柱、行政程序、行政管制手段和纠纷救济机制等内容的转变和革新上。

### （一）国家理念的更新与行政法学理论基础的调整

#### 1. 国家理念更新——由“给付国家”转变到“担保国家”

传统行政法学模式转变为担保行政法学模式最主要的体现就是国家理念的革新。“理念是重要的，人的行为不仅受到利益的支配，也受理念的支配；社会的变革和人类的进步基本上都是在新的理念推动下出现的，没有理念的变化就没有制度和政策的改变”。<sup>〔36〕</sup> 因此，“没有任何事物比一个时机已经成熟的理念更强有力”<sup>〔37〕</sup>。一个时机恰当并已经成熟的国家理念对一个国家行政法学模式的影响是巨大的，甚至决定着这个国家的行政法学模式的根本走向。PPP 模式的兴起，代表着国家理念的重大变迁。国家理念从昔日的“给付国家”变迁到今日之“担保国家”。担保国家（Gewährleistungsstaat）理念生根于 20 世纪 90 年代的德国。担保国家理论的代表性人物舒珀特教授（Gunnar Folke Schuppert）认为，“担保国家作为一种具有前瞻性的先进理念，促进了新的历史时期国家与社会之间相互关系的重新构建”<sup>〔38〕</sup>，其本质上是国家角色与定位的改变。在担保国家理念下，公共任务是一种通过市场自由竞争方式而提供的“私经济活动”。而国家则对涉及公共事务的私经济活动，透过引导、管制和监督等多种担保措施，确保人民所需的相关产品和服务得以如同由自己提供一般，能够由私人部门为普及、无差别待遇，且质与量兼顾地提供，甚至在价格及质量上较国家提供更具优势。担保国家的本质就是国家和社会之间通过合作行政法律制度共同完成公共任务时，国家立于“担保者”的角色，对公共利益履行担保职能，从而形成一个不同于传统给付国家的新的国家形态或理论。“每一种行政法理论背后，皆蕴藏着一种国家理论。”<sup>〔39〕</sup> 而且，“行政法在任何时候都是与当时流行的国家主导理论直接相关的”<sup>〔40〕</sup>。因此，当国家理念从给付国家转变到担保国家时，建立在给付国家理念基础上的行政法学模式也就必然要发生相应的变化与革新。

#### 2. 行政法学理论基础的调整

行政法的理论基础“是指能够揭示行政法所赖以存在的基础，并用以解释各种行政法现象以及指导行政法研究和行政法制建设的最基本理论”<sup>〔41〕</sup>。“行政法理论基础是要解决一个行政与人民、政府与人民之间基本关系的问题。”<sup>〔42〕</sup> 行政与人民、政府与人民之间具有什么样的基本关

〔35〕 参见关保英：《行政法模式转换研究》，法律出版社、中央文献出版社 2000 年版，第 13-14 页。

〔36〕 张维迎：《理念的力量》，西北大学出版社 2014 年版，序言第 2 页。

〔37〕 Vgl. Von Bargen, Außergerichtliche Streitschlichtungsverfahren (Mediation) auf verwaltungsrechtlichem Gebiet in rechtsvergleichender Perspektive, EuR2008, S. 200.

〔38〕 Gunnar Folke Schuppert, “Der Gewährleistungsstaat-modische Label oder Leitbild sich wandelnder Staatlichkeit”? in ders (Hrsg.): Der Gewährleistungsstaat-Ein Leitbild auf dem Prüfstand, Baden-Baden, 2005, S. 13ff.

〔39〕 [英] 卡罗尔·哈洛、理查德·罗林斯：《法律与行政》（上卷），杨伟东等译，商务印书馆 2004 年版，第 29 页。

〔40〕 [美] C. 阿曼：《面向新世纪的行政法》（上），袁曙宏译，载《行政法学研究》2000 年第 3 期，第 85 页。

〔41〕 周佑勇：《行政法理论基础诸说的反思、整合与定位》，载《法律科学》1999 年第 2 期，第 41 页。

〔42〕 杨海坤：《行政法的理论基础——政府法治论》，载《中外法学》1996 年第 5 期，第 53 页。

系，相应就有什么样的行政法的理论基础。行政法的规范对象是国家与其公民的关系，因此，无论是基于社会环境事实条件的变迁，还是因为宪法中国家观念的变动，只要国家与其公民之间的关系有重大的改变，行政法体系就不能不随之变化。<sup>[43]</sup> 昔日的行政法理论基础例如“控权论”“管理论”“平衡论”都是建立在国家与社会二元分立的基础之上，价值体系单一，无法解释 PPP 模式的新事实和新现象。以 PPP 模式实现公共任务使得国家的形态从“给付国家”迈向“担保国家”；国家的角色从“执行者”转化为“担保者”；国家应负的责任从“执行责任”转化为“担保责任”。国家责任的这种重大转变使得国家与人民之间的基本关系从直接的提供关系转变为间接的担保关系，即国家与人民之间成为了一种担保与被担保的基本关系。国家与人民、政府与人民之间的担保基本关系的确立，必然要求调整这种担保基本关系的行政法的理论基础是“国家担保责任论”。

以“国家担保责任理论”作为行政法的理论基础，一方面，使得政府始终位于“担保者”的立场，明确自己“担保者”的角色和责任，更多地依靠契约、认证和验证等新型管制手段，监督和担保公共产品、公共服务的高质量持续供给；另一方面，责任不仅是政府存在的合理性和治理过程的基础，也是担保行政法律制度建构的根基。从责任的角度出发，摒弃传统行政法学“先权力——后责任”的权力配置程序规则，采用科学的“先责任——后权力”的权力配置程序规则来配置行政权力，理顺了国家责任和行政权力的源与流、目的与手段之正确关系，能够利用责任机制之绳索有效控制 PPP 模式中行政权力的滥用和扩张，从而为 PPP 合作法律制度之构建提供了民主的责任制度根基。<sup>[44]</sup> 但是需要说明的是，行政法学没有永恒不变的理论基础，行政法的理论基础只有相对性，没有应用上的绝对性。它要随着时代发展，社会变化而发展变化，是行政法理论源头在特定历史条件下的具体化，具有阶段性。<sup>[45]</sup> 因此，“国家担保责任理论”作为行政法的理论基础，是仅就 PPP 模式下的担保国家构建的政府与社会合作法律制度（PPP 法律制度）而言的，而非对任何国家形态下构建的行政法而言，例如秩序行政法和给付行政法。

## （二）法律关系理论作为行政法学体系建构的另一砥柱

行政行为形式理论为传统行政法学体系的建构起到了中流砥柱的作用。然而，面对 PPP 模式中复数的利益主体和多边法律关系，行政行为形式理论难以有效作为担保行政法学体系建构之砥柱，法律关系理论可以作为 PPP 模式中担保行政法学体系建构的砥柱。法律关系论者认为，整体的法秩序是由无数的法律关系所组成，法律关系是由法律规范所形成的两个或多个主体之间的关系。<sup>[46]</sup> 法律关系理论以生活关系的连续性和持续性作为观察的重心和焦点。与行政行为形式理论不同的地方，在于法律关系理论不只关心决定，而是以当事人相互间的关系作为联系点，并将之归整为法律关系。<sup>[47]</sup> 法律关系理论的提出，能够满足行政行为体系之启发、结构与释义

[43] 参见陈爱娥：《契约作为公私部门合作的行政行为形式》，载《程序正义、人权保障与司法改革》（范光群教授七秩华诞祝寿论文集），元照出版公司 2009 年版，第 315 - 328 页。

[44] 关于“国家担保责任”作为 PPP 模式下行政法理论基础的缘由及对传统行政法理论基础的缺陷的论述，请详见杨彬权、王周户：《论我国 PPP 行政法规划框架之构建》，载《河北法学》2018 年第 3 期。

[45] 参见孙笑侠：《法律对行政的控制》，光明日报出版社 2018 年版，第 34 - 35 页。

[46] Vgl. Norbert Acherberg, Allgemeines Verwaltungsrecht, 2. Aufl. 1986, S. 31.

[47] 参见前引 [26]，施密特·阿斯曼书，第 282 页。

学等不同功能的需求，促使行政法学界跳脱传统的行政行为形式理论的偏狭格局，从全方位的、动态的角度观察和思考 PPP 模式中的行政法问题，并将长周期性和复杂性因素纳入行政法学的思维体系，不再只是捕捉静止的 PPP 事实现象，而是要关照 PPP 全程运作过程中的社会关系。法律关系论下的担保行政立法或政府与社会资本合作（PPP）立法，不再采用行政行为形式理论下的“条件模式”，<sup>[48]</sup> 而是采用“目的模式”<sup>[49]</sup> 规范和调整公私合作行为，从而实现行政机关维护公共利益之担保行政职责。如果没有法律关系，PPP 模式中不同法律主体及其法律地位均无法从程序法或契约法上获得观察和总结，并最终获得救济。正是由于法律关系理论能够满足行政行为体系之启发、结构与释义学等不同的功能的需求，德国公法学者彼得·哈贝勒（Peter Haberle）宣称行政法律关系将成为行政法学体系重新建构的砥柱。<sup>[50]</sup>

但是，必须注意的是，法律关系理论并非完美无缺，其也面临制度化和体系化程度不高、核心理论难以突破等困局，<sup>[51]</sup> 且目前可见者只有基于 PPP 债务法律关系所产生的损害赔偿请求权，以及在确认诉讼中确认 PPP 法律关系存在与否而已。如果过分偏爱“法律关系论”，难免再陷入像“行政行为形式论”那样的单一理论体系之迷思，衍生新的问题与困境，除非“行政行为形式论”因逻辑之误谬不堪，已达到难以修补以致有结构松动或解构之虞，方需扬弃，<sup>[52]</sup> 但现实是“行政行为形式论”仍是行政法的砥柱。“法律关系论”与“行政行为形式论”不应该被建构成两个相对立的理论或理念，而应该取长补短、相互支援。“这种结合传统以法律形式为中心与重视法律关系的实质内容要素的补充，有助于一个完备的行政法体系的建构。”<sup>[53]</sup> 因此，法律关系理论作为担保行政法学体系建构的另一砥柱实属行政法学模式发展之必然。<sup>[54]</sup>

### （三）行政程序担保化并成为公私合作的平台

在 PPP 模式中，社会资本承担了公共任务的具体履行工作，其提供的公共任务的质量优劣、收费高低等会直接影响消费者和一般公众的合法权益。因此，规范和约束行政机关行为、保障公众利益的行政程序应该进行相应的改革，也即要进行行政程序的担保化。所谓行政程序的担保化，就是随着行政任务的民营化和行政机关的角色转变为“担保者”，行政程序相应地从控制行政机关合法履行公共任务撤退到担保公共利益实现所应遵循的程序，也即担保行政程序。担保行政程序主要包括选择私人合作对象的程序、确保私人提供给付产品和服务品质的程序、特许经营的撤回和接管程序、PPP 合作契约条款的设计和瑕疵效力等程序。行政机关严格贯彻和执行这些

[48] 条件模式是指法律规定一定的构成要件与效果，一旦构成要件被满足，便会发生一定的法律效果。条件模式与相应之形式理性是传统行政法学模式的基本运作逻辑，也是现代法治国家的基本前提，然而其制式、呆板以及欠缺灵活性使人无法容忍。

[49] 所谓目的模式是指法律并不规定明确的构成要件，仅规范要达成的目的，至于达成的手段则须通过个案才能确定。也就是说，行政决定不再着重于过去的事实调查，而是预测行政决定未来之效果。通过取向目的模式的立法，能够确保行政机关切实履行担保行政职能，维护公共利益。

[50] 参见李建良：《行政法基本十讲》，元照出版公司 2012 年版，第 185 页。

[51] 参见赵宏：《法律关系取代行政行为的可能与困局》，载《法学家》2015 年第 3 期。

[52] 参见李震山：《行政法导论》，三民书局 2019 年版，第 234 - 236 页。

[53] 张焜盛：《法律关系理论作为行政法体系革新的动力》，载《当代公法新论》（中），元照出版公司 2002 年版，第 58 页。

[54] 有学者甚至认为，在民营化架构秩序下，“行政法律关系”势将取代“行政行为态样”的思维模式，在依法行政原则的基础上，不再只是探求、审视行政行为的合法性，而是建立以行政法律关系为基础的“行政法上之请求权体系”。参见李建良：《2011 行政管制与行政争讼——民营化时代行政法的新局势》，新学林出版公司 2012 年版，第 11 页。

具体的担保行政程序，可以有效地确保公共任务的顺利达成。同时由于PPP背景下，私人部门不可避免地要作出决策和行使一部分公法上的权力，例如收费权、进入权等，这有可能会涉及公民宪法权利的保障和公共利益的维护。因此，行政程序的适用范围应该逐渐扩展到承担公共任务履行的私人机构；行政程序法的透明、公平和参与等价值也必须延伸到各种混合的公私制度安排之中，以确保合作关系的正当性。<sup>〔55〕</sup>行政程序适用范围的扩展和程序法价值的延伸渗透，使得私人机构成为了行政程序的适用主体，私人机构适用的行政程序也可以称为私行政程序。因此，PPP模式下的行政程序应该理解为行政机关和私人机构合作履行行政任务应该遵循的程序，也即行政机关作为“担保者”应该履行的担保行政程序和私人机构作为“执行者”履行的私行政程序。私行政程序具有补充功能，是对担保行政程序已经撤回事项范围的补强。由于“程序参与者在角色就位之后，各司其职，互相之间既配合又牵制，恣意的余地自然受到压缩”<sup>〔56〕</sup>。故而，在PPP模式下，将行政机关与私人机构按照不同的角色定位纳入行政程序法的规制范畴，不仅可以控制公私权力之滥用，又可以担保公共利益的顺利达成。

政府和社会资本的合作者地位也要求公私双方抛弃命令服从关系，在平等的基础上进行对话与合作。这必然要求行政程序从传统的对立程序转向为合作程序，行政程序法的建构必须要有合作化的要素。这种合作化要素主要表现在让公众和人民提早参与、及早将潜在的不同意见者及利益第三人纳入行政程序、提早对公众为信息告知和意见听取。例如，为了确认PPP项目在PPP契约签订后是否具有“融资可行性”，政府部门应该考虑在采购程序的早期阶段或者竞标激烈阶段就让贷款银行及相关机构开始参与。由于公私双方借用了行政程序这个合作平台，进行了充分的协商，PPP项目的落地率和成功率会大为增加。在PPP模式的执行、移交和终止阶段，“人民仍应享有向行政机关请求阅览卷宗的权利；相对而言，行政机关据以作成行政行为的资讯或事实基础若有改变，人民亦负有告知的义务，俾利行政机关做进一步的因应”<sup>〔57〕</sup>。因此，在PPP模式盛行之今日中国，行政程序就是公私双方通过对话与合作共同实现公共福祉的合作平台。行政程序法也就相应地从具有隶属关系的公私对立程序法走向具有公私合作因素的行政程序法，也即行政合作程序法。PPP背景下行政合作程序法的目标并不在于控制行政权，而是调整公权力部门与私人机构之间的合作关系，引导和担保公私主体顺利达成公共任务。

#### （四）合作契约成为重要的管制手段和规制对象

契约是PPP模式运作的主轴和公私部门合作的行政行为形式，同时也是一种重要的管制手段。凡是实行PPP模式的国家，必然是或者正在变成契约国家。这是因为契约是由当事人合意创造拘束彼此之法秩序的手段，在强调公私部门合作（而非公部门单方强制）的领域里，其为形塑双方法律关系的重要手段。<sup>〔58〕</sup>以PPP合作契约条款作为担保国家的主要管制手段，除了可以充分发挥PPP模式的制度特性，也即公私部门双方透过平等对话，共商双方在任务执行以及规范框架、财务、人事等方面的风险及公益责任分担之解决方案，更可以使PPP双

〔55〕 参见〔美〕C.阿曼：《由下而上的全球化——一个国内的观点》，林荣光译，载《全球化下之管制行政法》，元照出版公司2011年版，第57页。

〔56〕 季卫东：《法律程序的意义》，中国法制出版社2012年版，第26页。

〔57〕 前引〔50〕，李建良书，第184页。

〔58〕 参见前引〔43〕，陈爱娥文，第317页。

方当事人于形塑合作法律关系时，对于彼此权利义务事项具有预见可能性，并且可以将“给付提供”及“公益实现”视为契约的整体责任，列入双方权利义务具体形塑之考量，使双方当事人于议约时即可以对主要风险及责任分担方式有一定程度的掌握，避免进入履约阶段后，使私人部门产生过多因当初申请时始料未及的“契约外义务”而生之讶异，降低“民间参与失灵”的风险。<sup>[59]</sup>

PPP 合作契约较以往的行政行为或传统的行政契约，涉及公共建设的规划、资助、兴建、营运以至移转和接管等。此种长生命周期取向的特性，使契约关系因长期合作且事项多元，往往呈现出极为复杂而利益交织的事实与法律关系。<sup>[60]</sup> 因此，为了落实国家担保责任，履行担保行政职能，保障公共利益，PPP 合作契约就成为行政法重点规制的对象。行政法应该重点规制和调整 PPP 契约缔结前（包括投标人的资格、甄选机制等）、契约履行（包括给付标的、不履行给付、契约的调控与管理、契约的变更与调整等）以及契约的终结（包括接管、财产移交等）三个阶段的法律关系。通过对 PPP 合作契约全程的动态的合法性规制，确保 PPP 契约管制手段的“依约行使”和“依法行使”。当然，由于 PPP 契约的不完备性和无法预见性，“法律对于公私合作的条件规定就不能是事无巨细的、僵化严苛的，法律更宜做出框架性条件规定，而为合作双方未来的合作内容的调整留下灵活处理的空间”<sup>[61]</sup>。

在公私部门合作履行行政任务领域，行政契约法学的重要任务在于透过“法所引导的契约形塑准则”发展不论公法或私法契约皆可适用之合作契约类型与条款。然而由于我国没有行政程序法，也没有相关的部门行政法的指引，行政契约法学形塑契约条款内容的素材只能来自实务中政府与社会资本为合作执行行政任务所缔结的各种 PPP 合作契约。行政法学的任务在于透过法律所引导的观点，整理实务上所运用的契约类型与条款并检验其适法性，以建构并储存适应各种合作契约的基础结构，并提供合法的契约条款以供使用。<sup>[62]</sup>

最后，必须指出的是，除合作契约管制手段外，担保管制手段的“弹药库”十分丰富，例如协商、指南、认证、鉴证、接管等都可以成为 PPP 模式的担保管制手段。

##### （五）诉讼外纠纷解决机制的地位日益凸显

在 PPP 模式下，公私协力思想和政府角色的转换也使得法院的角色从传统的纠纷的“裁判者”转换为纠纷解决的“担保者”和“监督者”。作为“担保者”，法院不再垄断纷争解决之权力，而是提供多元管道，由当事人选择最符合其利益之途径。法院之功能不仅在于裁判纷争，更应积极提供当事人更多纷争解决途径，<sup>[63]</sup> 并为其他纠纷解决主体解决纠纷提供指导和帮助。作为“监督者”，法院不仅要确保其他多元纠纷解决管道合法和有效，而且要确保行政机关不贱卖公共利益。法院“担保者”和“监督者”的角色定位，必然要求协商、调解、仲裁、裁决等诉讼

[59] 参见詹镇荣：《国家担保责任之实践与检讨》，载台湾地区行政法学会主编：《现代行政之正当法律程序/公私协力与行政合作法制》，元照出版公司 2014 年版，第 184 - 185 页。

[60] 参见江嘉琪：《我国行政契约法制之建构与发展》，载台湾地区行政法学会主编：《行政契约之基础理论、法理变革及实务趋势/行政程序法之最新发展》，元照出版公司 2013 年版，第 209 页。

[61] 马怀德：《行政法前沿问题研究》，中国政法大学出版社 2018 年版，第 334 页。

[62] Vgl. Hartmut Bauer, *Verwaltungsverträge*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, 2. Aufl., 2012, S112f.

[63] 参见刘建宏：《法治国图像变迁下司法权功能之再探讨——德国行政诉讼中法官调解制度之研究》，载《政大法学评论》2015 年总第 142 期。

外纠纷解决机制逐渐进入 PPP 领域，诉讼外纠纷解决机制为民众提供了便利，帮助当事人节省了时间和金钱，减轻了法院的案件负担，有利于提高民众对司法系统的满意度，有助于保持当事人间原有的合作关系，使纷争得到迅速的解决。<sup>〔64〕</sup>正是基于这些原因，诉讼外纠纷解决机制“前移”到纠纷解决的“前线”，成为纠纷解决的“排头兵”，诉讼机制慢慢地“退隐”于纠纷解决的“第二线”，仅对诉讼外纠纷解决机制的良善运行进行担保和监督。实质上，诉讼外纠纷解决机制就是法院将垄断纷争解决的权力释放由民间行使，由非司法机关和相关机构对 PPP 纠纷做出处理决定，司法机关仅做担保和监督的纠纷解决机制，也即受担保的纠纷解决机制。我们可以将这种由诉讼纠纷解决机制和诉讼外纠纷解决机制形成的“担保与被担保、监督与被监督”的纠纷解决机制称之为“担保纠纷解决机制”。

诉讼外纠纷解决机制在国际上的运用非常普遍，基本上实行 PPP 的国家都在法律法规、政策指南或指导手册中规定了仲裁、调解等诉讼外纠纷解决机制，即使没有明确法律规定的国家对 PPP 模式的诉讼外纠纷解决机制也不明确禁止或排斥。从国内来看，PPP 模式的大力推进和迅猛发展、PPP 专业化和经济化的高压要求，以及社会经济的发展和国家治理体系现代化等多种因素的综合作用也使得仲裁、<sup>〔65〕</sup>调解等诉讼外纠纷解决机制的地位日益凸显，必将成为 PPP 模式下司法权有限撤退后，契约当事人和第三人纷争解决的首选和主要的救济管道。尽管诉讼外救济机制，也即受担保的救济机制成为 PPP 纠纷解决的主要管道，但人民法院基于“担保者”和“监督者”的角色定位，应该担保诉讼外纠纷解决机制不会失灵，以免侵害宪法所要求的民主法治与人权保障的基本秩序。<sup>〔66〕</sup>

#### 四、结 语

政府与社会资本合作模式（PPP）导致国家责任发生了重大转变，国家不再承担公共任务的执行责任，转而承担担保责任和合作责任。相应地，PPP 模式中政府的角色从公共任务的“提供者”“垄断者”，转变为“担保者”和“合作者”。从公法的角度来看，这种重大的政府角色和职能转变对传统行政法学模式提出了严峻的挑战，传统行政法学模式在其自身理论框架内难以解释和应对，从而使其发展为新的担保行政法学模式。担保行政法学模式是以国家担保责任作为 PPP 行政合作法制构建的理论基础，以行政法律关系作为行政法学体系建构的另一砥柱，通过行政程序的担保化和合作化规制公私合作行为，以合作契约作为 PPP 模式的基本担保管制手段，通过担保纠纷解决机制有效化解纠纷和保护公共利益。担保行政法学模式是传统行政法学为了回应 PPP 实践以及政府职能向担保行政职能的变革发展而做出的一种理论选择。担保行政法学模式并不是对传统行政法学模式的全盘否定，并非要全然逃脱传统行政法学模式

〔64〕 参见林福来：《活用诉讼外纷争解决机制解决劳资争议问题——以检视协调、调解机制为中心》，载《国立中正大学法学集刊》2013年总第41期。

〔65〕 尽管《最高人民法院关于审理行政协议案件若干问题的规定》第26条规定，行政协议约定仲裁条款的，人民法院应当确认该条款无效。但对于PPP协议来说，其并非由单一的行政协议组成，而是一个协议群，因此，应该根据行政协议的定义确定具体的PPP协议的法律属性。如果不属于行政协议，而是民事合同，则合同中约定的仲裁方式有效。参见最高人民法院行政审判庭：《最高人民法院关于审理行政协议案件若干问题的规定理解与适用》，人民法院出版社2020年版，第360页。PPP协议中的大多数纠纷都属于民事纠纷，因此仲裁在PPP协议纠纷解决中具有重要的地位和作用。

〔66〕 Vgl. Wolfgang Hoffmann-Riem, Justizdienstleistung im kooperativen Staat, JZ 1999, S. 422.

及理论体系的束缚，而是在借鉴和吸收传统行政法学模式合理因子的基础上对行政法学理论体系的进一步发展和完善，是对 PPP 模式下政府角色转变和担保行政法律制度建构现实需求更好的回应和解决。

---

---

**Abstract:** PPP is an innovative model in which government and social capital share risks and work together to provide public tasks. In the model of PPP, the government no longer assumes the responsibility for the performance of public tasks, and instead assumes the responsibility of state guarantee. The government's responsibility for state guarantees transforms the role of the government from a "fulfiller" of public tasks in public law to a "guarantor" and a "collaborator" in private law. The significant transformation of the role and function of the government inevitably requires the traditional administrative law mode to turn to a model of guarantee administrative law. The guarantee administrative law model is the administrative jurisprudential model which is based on the theory of state guaranty responsibility as the legal basis of PPP administrative cooperation, takes legal relationship as one of the pillars of the construction of administrative law system, regulates public-private cooperation through privatization and cooperation of administrative procedures, takes cooperative contract as the basic control means of PPP model, and introduces dispute resolution mechanism outside the jurisdiction to effectively solve disputes and protect public interests.

**Key Words:** PPP mode, guaranteed administrative law model, state guarantee

---

---

(责任编辑：刘 权 赵建蕊)